FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT P. CRUZ VILLALÓN fremsat den 1. juni 2010[1]

I — Indledning

1. Anotato Dikastirio tis Kypriakis (Republikken Cyperns højesteret)[2] har i sin egenskab af ret i første instans anmodet Domstolen om en præjudiciel afgørelse af spørgsmålet om, hvorvidt der af artikel 2, stk. 8, i direktiv 89/665/EØF[3] kan udledes en ret for den ordregivende myndighed i relation til en offentlig kontrakt til at rejse en sag til prøvelse af en ophævelse af dens beslutning, der er foretaget af det administrative organ, der er ansvarligt for kontrollen med klageprocedurerne.

1 — Originalsprog: spansk.

2 — Denne rets afgørelser kan indbringes for rettens plenum.

3 — Rådets direktiv 89/665/EØF af 21.12.1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter (EFT L 395, s. 33).

II — Relevante retsforskrifter

A — *Direktiv 89/665*

2. I henhold til artikel 1, stk. 1, »træffer [medlemsstaterne], for så vidt angår procedurerne for indgåelse af offentlige kontrakter, der henhører under anvendelsesområdet for direktiv 71/305/EØF, 77/62/EØF og 92/50/EØF, de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der effektivt og navnlig hurtigst muligt kan indgives klage over de ordregivende myndigheders beslutninger på de betingelser, der er anført i de følgende artikler, særlig artikel 2, stk. 7, med den begrundelse, at beslutningerne er i strid med fællesskabsretten

vedrørende offentlige kontrakter eller de nationale regler, der omsætter denne ret« [4].

3. Artikel 1, stk. 3, bestemmer:

»Medlemsstaterne sikrer, at der er adgang til klageprocedurerne efter nærmere bestemmelser, som medlemsstaterne kan fastsætte, i det mindste for personer, der har eller har haft interesse i at opnå en offentlig indkøbs-, bygge- eller anlægskontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en påstået overtrædelse. Medlemsstaterne kan navnlig kræve, at en person, der ønsker at gøre brug af en sådan procedure, på forhånd har underrettet den ordregivende myndighed om den påståede overtrædelse og om, at vedkommende agter at indgive klage.«

4. Artikel 2, stk. 8, har følgende ordlyd:

»Når de instanser, der er ansvarlige for klageprocedurerne, ikke er retsinstanser, skal deres afgørelser altid begrundes skriftligt. I så fald skal der desuden træffes dispositioner til at sikre de procedurer, hvorved enhver foranstaltning, der formodes at være ulovlig, og som træffes af den kompetente myndighed i første instans, eller enhver formodet forsømmelse i udøvelsen af de beføjelser, der er tildelt denne, kan appelleres eller indbringes for en anden instans, som er en ret i henhold til traktatens artikel 177, og som er uafhængig i forhold til den ordregivende myndighed og til myndigheden i første instans.

[…]« [5]

B — *Cypriotisk ret*

5. I henhold til artikel 146, stk. 2, i Republikken Cyperns forfatning kan der rejses sag til prøvelse af forvaltningens handlinger eller forsømmelser »af enhver, hvis aktuelle retlige interesse som individ eller medlem af en sammenslutning berøres direkte og skades ved en sådan beslutning, handling eller undladelse«.

6. Lov nr. 101(I)/2003 om indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter, som ændret ved lov nr. 181(I)/2004, vedtoges med det formål at tilpasse den cypriotiske lovgivning til EU-retten ved gennemførelse af

4 — Bestemmelsen er affattet efter artikel 41 i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18.6.1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1). Jf. artikel 33 i Rådets direktiv 93/36/EØF af 14.6.1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (EFT L 199, s. 1), artikel 36 i Rådets direktiv 93/37/EØF af 14.6.1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 199, s. 54), og artikel 82, stk. 2, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT L 134, s. 114), idet henvisningerne til direktiv 71/305/EØF, 77/62/EØF og 92/50/EØF i artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665 ifølge sammenligningstabellerne i bilagene til de anførte direktiver skal forstås som henvisninger til direktiv 2004/18.

5 — I Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11.12.2007 om ændring af Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF for så vidt angår forbedring af effektiviteten af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter (EUT L 335, s. 31), som af kronologiske grunde ikke finder anvendelse i denne sag, er bestemmelsen i artikel 2, stk. 8, nu blevet til artikel 2, stk. 9, uden væsentlige ændringer, idet henvisningen i den spanske sprogversions artikel 2, stk. 8, til »organismo de base« (oprindelige organ) dog er erstattet med det mere entydige begreb »órgano de recurso (kontrolorgan).«

direktiv 89/665, hvorfor artikel 55 oprettede Anatheoritiki Archi Prosforon (udbudskontrolmyndighed, herefter »kontrolmyndighed«), og artikel 56 gav denne myndighed kompetence til at afgøre »klager til en højere instans« over beslutninger truffet af de ordregivende myndigheder. Denne lovs artikel 60, som ændret ved lov nr. 181(I)/2004, fastsætter: »Såfremt den berørte finder afgørelsen truffet af [kontrolmyndigheden], urigtig for sit vedkommende, kan afgørelsen i henhold til forfatningens artikel 146 indbringes for Anotato Dikastirio. Søgsmål for Anotato Dikastirio kan i henhold til forfatningens artikel 146 ligeledes rejses af den ordregivende myndighed, såfremt denne myndighed med passende begrundelse finder [kontrolmyndighedens] afgørelse urigtig.«

7. Som det fremgår af det efterfølgende, har denne bestemmelse været genstand for en erklæring fra Anotato Dikastirio, der har særlig relevans for denne sag.

III — Den nationale retssag og det præjudicielle spørgsmål

8. I juni 2003 offentliggjorde Symvoulio Apochetefseon Lefkosias (spildevandsmyndigheden i Nicosia, herefter »Symvoulio«)[6] i sin egenskab af ordregivende myndighed et udbud vedrørende undersøgelser, anlæg, drift og vedligeholdelse i ti år af et spildevandsrensningsanlæg i Anthoupolis.

9. Blandt ansøgerne på den begrænsede liste var konsortierne Degremont SA & Atlas Pantou Co Ltd (herefter »Degremont«) og WTE BAMAG.

10. Efter indgivelsen af de pågældende bud meddelte Symvoulio Degremont sin beslutning om at tildele WTE BAMAG kontrakten.

11. Degremont indgav den 7. oktober 2005 en klage over denne beslutning til kontrolmyndigheden med anmodning om, at Symvoulios beslutning som en midlertidig foranstaltning ikke blev fuldbyrdet, da dette ville indebære en uigenkaldelig tildeling af kontrakten. Det retsmøde, hvor spørgsmålet om den midlertidige foranstaltning skulle behandles, blev berammet til den 13. oktober 2005, men da indgivelsen af anmodningen om den midlertidige foranstaltning (på tidspunktet for de faktiske omstændigheder) ikke i sig selv medførte udsættelse, tildelte Symvoulio reelt WTE BAMAG kontrakten, inden

6 — Som det fremgik af retsmødet, omfatter Symvoulios geografiske område Nicosia-området, og denne kommunes borgmester er formand for myndigheden.

kontrolmyndigheden havde afgjort spørgsmålet om udsættelse.

12. Den 14. februar 2006 afgjorde kontrolmyndigheden klagen (realiteten), idet den ophævede Symvoulios beslutning [7].

13. WTE BAMAG indbragte ikke denne afgørelse for Anotato Dikastirio. Det gjorde Symvoulio derimod [8] den 31. marts 2006 under påberåbelse, for så vidt angår myndighedens søgsmålskompetence, af forfatningens artikel 146, stk. 2, og artikel 60 i lov nr. 101(I)/2003 om indgåelse af kontrakter.

14. Mens denne sag verserede, afsagde Anotato Dikastirio i plenum dom den 10. december 2007 i anden sag [9] med samme parter. I denne sag afviste Anotato Dikastirio, at Symvoulio som ordregivende myndighed havde retlig interesse i en prøvelse af kontrolmyndighedens afgørelse om ophævelse, fordi 1) sidstnævnte indgik som led i en kompleks udbudsprocedure, 2) kontrolmyndigheden var en administrativ andeninstans (højere instans) i forhold til Symvoulio, og én forvaltningsgren ikke kunne have en retlig interesse i prøvelse af afgørelser truffet af en anden forvaltningsgren, 3) de ordregivende myndigheder varetager den offentlige interesse, men ikke særinteresser og 4) artikel 60 i lov nr. 101(I)/2003 ikke kan give klageret til den ordregivende myndighed, såfremt denne ikke har det i henhold til forfatningens artikel 146, stk. 2.

15. Som førstesinstansret udsatte Anotato Dikastirio behandlingen af sag nr. 629/2006 i lyset af den retspraksis, der var fastsat af retten i plenum, og i betragtning af, at der i retten i plenum ikke foretoges en analyse af cypriotisk ret sammenholdt med direktiv 89/665, rettede den følgende anmodning om præjudiciel afgørelse til Domstolen:

»Giver artikel 2, stk. 8, i direktiv 89/665/EF ordregivende myndigheder ret til at rejse sag til prøvelse af afgørelser om ophævelse fra de organer, der er ansvarlige for klageprocedurerne, når disse organer ikke er retsinstanser?«

7 — Under behandlingen af dette præjudicielle spørgsmål medtoges ikke de specifikke begrundelser for kontrolmyndighedens afgørelse om at ophæve Symvoulios beslutning.

8 — Sag nr. 629/2006.

9 — Sag nr. 106/2006.

IV — Retsforhandlingerne for Domstolen

16. Den 22. december 2008 modtog Domstolens Justitskontor denne anmodning om en præjudiciel afgørelse.

17. Symvoulio, den tjekkiske regering og Kommissionen har over for Domstolen argumenteret for et bekræftende svar på Anotato Dikastirios spørgsmål om, hvorvidt artikel 2, stk. 8, i direktiv 89/665 giver de ordregivende myndigheder ret til at rejse sag til prøvelse af afgørelser truffet af de organer, der er ansvarlige for klageprocedurerne.

18. Ifølge kontrolmyndigheden medfører direktiv 89/665 en beskyttelse af virksomhederne, men ikke af de ordregivende myndigheder, og disse kan derfor ikke tillægges en individuel interesse i at rejse sag til prøvelse af afgørelser truffet af de organer, der har til opgave at kontrollere deres beslutninger.

19. På retsmødet, der blev afholdt den 25. marts 2010, blev der givet møde og afgivet mundtlige indlæg af repræsentanterne for Symvoulio, kontrolmyndigheden og Kommissionen.

V — Sagens realitet

20. Den præjudicielle forelæggelse fra Anotato Dikastirio rejser det spørgsmål, som endnu ikke har været behandlet i EU-retspraksis, om en ordregivende myndighed på grundlag af direktiv 89/665 skal have ret til at anfægte afgørelser truffet af et andet offentligt organ, som har til opgave at kontrollere dets beslutninger, når de to organer, uanset begges offentlige karakter, er forskellige juridiske personer og desuden hører under forskellige forvaltningsgrene samt funktionelt varetager forskellige opgaver.

21. Inden besvarelsen af dette spørgsmål skal der forud for analysen af rækkevidden af den påberåbte artikel 2, stk. 8, i direktiv 89/665 opstilles en række betragtninger om de klagemuligheder, der er fastsat i direktivet.

22. Allerede i tredje betragtning til direktivet fremhæves det, at »adgang til på fællesskabsplan at konkurrere om offentlige kontrakter kræver en betydelig udvidelse af garantierne for gennemsigtighed og ikke-forskelsbehandling, og for at der kan opnås en faktisk virkning er det vigtigt, at der findes effektive og hurtige klagemuligheder i tilfælde af overtrædelse af fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter eller af de nationale regler, der omsætter denne ret«, en erklæring, der stemmer overens med den »materielle«

regulering [10] i retning af fællesskabssamordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige kontrakter.

23. Medlemsstaterne har omfattende skønsbeføjelser ved gennemførelsen af klageordningen i direktivet, som »kun fastsætter de mindstekrav, som de klageprocedurer, der er indført i de nationale retsordener, skal opfylde med henblik på at sikre iagttagelsen af fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter« [11].

24. Derfor indeholder direktivet for blot at nævne et eksempel ingen bestemmelser, der specifikt vedrører fristerne for de klageprocedurer, det har til formål at indføre [12].

25. Navnlig og som det væsentligste i denne forbindelse sikrer direktivet udelukkende, at der er adgang til klageprocedurerne »i det mindste« for de personer, der har eller har haft interesse i at opnå en offentlig kontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en påstået overtrædelse af fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter eller de nationale regler, der omsætter denne ret [13].

26. EU-lovgiver har under alle omstændigheder ønsket, at den sidste legalitetskontrol på området for offentlige udbud lå hos en retsinstans [14], enten umiddelbart, dvs. at klageinstansen er en retslig instans, eller indirekte, dvs. at der kan anlægges sag ved domstolene til prøvelse af en afgørelse truffet af en eventuel kontrolmyndighed. Sidstnævnte er tilfældet i Cypern, hvor kompetencen til at prøve de sager, der anlægges mod den administrative instans (kontrolmyndigheden), ligger hos Anotato Dikastirio (højesteret).

10 — Jf. navnlig Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og enegiforsyning, transport samt posttjenester (EUT L 134, s. 1) og direktiv 2004/18.

11 — Domstolens dom af 19.6.2003, sag C-315/01, GAT, Sml. I, s. 6351, præmis 45, og Domstolens kendelse af 4.10.2007, sag C-492/06, Consorzio Elisoccorso San Raffaele, Sml. I, s. 8189, præmis 21.

12 — Ifølge Domstolens dom af 12.12.2002, sag C-470/99, Universale-Bau m.fl., Sml. I, s. 11617, præmis 71, og af 28.1.2010, sag C-406/08, Uniplex (UK), Sml. I, s. 817, præmis 26, »tilkommer [det] således hver enkelt medlemsstats nationale retsorden at fastsætte de frister, der finder anvendelse«.

13 — Domstolens kendelse af 4.10.2007, nævnt ovenfor i fodnote 11, præmis 20.

14 — Ved dette begreb forstås ikke blot en retsinstans, der organisatorisk i de enkelte medlemsstater er anerkendt som en sådan, og hvis retsbeskyttelse opnås gennem en »domstolsprøvelse«, men også en »instans, der er en ret som omhandlet i traktatens artikel 177, og som er uafhængig i forhold til den ordregivende myndighed og til myndigheden i første instans«, idet artikel 2, stk. 8, i direktiv 89/665 også tillader, at en sådan instans prøver de afgørelser, der er truffet af den ordregivende myndighed eller den administrative klagemyndighed.

27. Når direktivet giver mulighed for, at en melleminstans behandler klager over den ordregivende myndigheds beslutninger, er det imidlertid klart, at der er åbnet mulighed for, at den retslige prøvelse, som ufravigeligt bør følge efter, i et vist omfang vil få et andet indhold. Det, som vil blive prøvet ved retten, vil være en ændring af den administrative instans' afgørelse, hvor den pågældende kontrakttildeling på begæring af de søgsmålsberettigede i den konkrete sag bekræftes eller ophæves.

28. Denne betragtning viser tydeligt, at den problematik, som dette præjudicielle spørgsmål rejser, pr. definition ikke findes i de nationale retsordener, hvor man ikke har valgt at oprette administrative klageinstanser, og hvor klager udelukkende prøves direkte af retter. I den sammenhæng kan de ordregivende myndigheder kun optræde som sagsøgte. Men når der rejses sag til prøvelse af en afgørelse om ophævelse truffet af den administrative kontrolmyndighed, åbnes der mulighed for, at de ordregivende myndigheder, udover de virksomheder, der har lidt skade som følge af ophævelsen, ønsker at kunne optræde som sagsøgere.

29. Det er derfor, at Symvoulio, muligvis i et forsøg på at undgå at blive gjort til genstand for et eventuelt erstatningssøgsmål, i den foreliggende sag ønsker en retslig prøvelse af kontrolmyndighedens ophævelse af tildelingen af kontrakten til en bestemt tilbudsgiver.

30. Det skal derfor undersøges, om der på grundlag af denne vurdering er belæg for at kræve den ret til at anlægge sag, som Symvoulio påberåber sig.

31. Efter min opfattelse er den ordregivende myndigheds ret til at rejse sag til prøvelse af en afgørelse truffet af den administrative klageinstans om ophævelse af dens beslutning hverken foreskrevet i eller kan udledes af direktiv 89/665.

32. For det første taler syvende og ottende betragtning ikke just for den opfattelse, at de ordregivende myndigheders adgang til domstolsprøvelse skulle være et krav, som er indeholdt i direktivet. I disse betragtninger er der kun udtrykkeligt fastsat en klageadgang for virksomhederne, og det tilføjes, at hvis disse ikke indgiver klage, »vil visse overtrædelser ikke kunne bringes til ophør«.

33. For det andet indebærer erklæringen i artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665 om, at det er nødvendigt at sikre effektive klageprocedurer vedrørende de ordregivende myndigheders beslutninger, en anerkendelse af, at disse

netop kan sagsøges, hvorimod der ikke kan udledes nogen bestemmelse om deres eventuelle søgsmålskompetence.

34. Endelig bekræftes denne ret restriktive tese af direktivets artikel 1, stk. 3, idet de pågældende klageprocedurer skal kunne anvendes »i det mindste« af personer, »der har eller har haft interesse i at opnå en offentlig indkøbs-, bygge- eller anlægskontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en påstået overtrædelse«, hvilket i det mindste åbner mulighed for at udelade de ordregivende myndigheder. Bestemmelsen synes tilmed slet ikke at tage dem i betragtning, idet den bemyndiger medlemsstaterne til at kræve af de personer, der ønsker at gøre brug af klageprocedurerne, at de på forhånd underretter »den ordregivende myndighed om den påståede overtrædelse og om, at vedkommende agter at indgive klage«.

35. Det er ganske vist rigtigt, at der i direktivets artikel 2, stk. 8, kan iagttages en mere åben sprogbrug, hvor der til forskel fra andre passager i direktivet ikke forekommer udtrykkelig henvisning til tilbudsgiverne (den person, der har interesse i at opnå en kontrakt), på hvilket Symvoulio tilsyneladende støtter sin påstand om som ordregivende myndighed at have ret til at indbringe sagen for en retsinstans.

36. Repræsentanten for Symvoulio fastholdt under retsmødet, at der ved sammenholdelse af artikel 1, stk. 3, med artikel 2, stk. 8, ikke var modstrid mellem de to bestemmelser. Efter hans opfattelse omhandlede sidstnævnte bestemmelse kun en klage, der indbringes for en retsinstans (eller en instans, som er en ret i henhold til artikel 267 TEUF), mens førstnævnte bestemmelse også omfattede muligheden for at indgive klage til en kompetent instans, der ikke er en retsinstans, og hvor genstanden for klagen kun kan være den ordregivende myndigheds beslutning. Det begrundedes med, at det begrebsmæssigt ville være fuldstændig udelukket, at den ordregivende myndighed skulle indgive klage over sin egen beslutning, mens det forholdt sig ganske anderledes med artikel 2, stk. 8.

37. Dette element af tvetydighed i direktivets artikel 2, stk. 8, er efter min opfattelse imidlertid ikke tilstrækkeligt til at ændre de ovenstående betragtninger. Artikel 2, stk. 8, åbner blot mulighed for, at en administrativ første instans behandler klagen, samtidig med at der på de allerede kendte betingelser stilles krav om, at dennes afgørelser i givet fald kan indbringes enten for en retsinstans eller for en instans, som i henhold til artikel 267 TEUF kan sidestilles med en retsinstans, uden at det igen præciseres, hvilke personer der har ret til at indbringe dem.

38. Endelig bør man afvise det argument, som Symvoulio fremførte med støtte fra Kommissionen, om, at det ville kunne ødelægge en mulighed for en direkte og ensartet anvendelse af EU-retten, hvis Symvoulios søgmålskompetence ikke anerkendtes, fordi det ville afskære muligheden for at forelægge et præjudicielt spørgsmål i tilfælde som det foreliggende, hvor ingen virksomhed indbragte en afgørelse for en retsinstans.

39. Dels kan en eventuel yderligere mulighed for afklaring af EU-retten ikke direkte påvirke reguleringen af det specifikke spørgsmål om søgsmålskompetence, som hører under medlemsstaternes procesautonomi, og dels må det forventes, at det under normale omstændigheder vil være tilbudsgiverne, der lægger sag an mod ophævelser, som de mener ikke har lovhjemmel, med den deraf følgende mulighed for præjudiciel forelæggelse.

40. Som garantiklausul stiller direktivet i artikel 3 en »særlig mekanisme« til rådighed for Kommissionen, når den finder, at der er begået en klar og åbenbar overtrædelse i forbindelse med en kontraktindgåelsesprocedure. Bestemmelsen giver bemyndigelse til at træffe passende foranstaltninger for hurtigt at bringe enhver påstået overtrædelse til ophør.

41. På grundlag af de ovenstående betragtninger kan det konkluderes, at direktiv 89/665 hverken direkte eller indirekte tager stilling til de klageveje, som bør stilles til rådighed for de ordregivende myndigheder. Det er efter min opfattelse tilstrækkeligt til at besvare det af Anotato Dikastirio forelagte spørgsmål benægtende. Efter min opfattelse bør denne konklusion imidlertid underbygges af nogle yderligere betragtninger.

42. Symvoulio har i punkt 18 i sine bemærkninger hævdet, at denne begrænsning påfører myndigheden en alvorlig skade, dels fordi kontrakten tildeles en anden juridisk person end den tilbudsgiver, som Symvoulio anser for den bedst egnede, og dels fordi det ikke kan udelukkes, at myndigheden drages til ansvar for de skader, der lides som følge af en kontrakttildeling, der efterfølgende er blevet annulleret af kontrolmyndigheden. Det kan endvidere ikke underkendes, at Symvoulio er en offentligretlig juridisk person, som er tillagt udøvelse af egne administrative beføjelser på spildevandsforvaltningsområdet [15], hvor myndigheden har karakter af ordregivende

15 — Som det fremgik af retsmødet, varetager Symvoulio desuden med fulde og selvstændige ansvarsbeføjelser lokalsamfundets interesser i en forsvarlig forvaltning af spildevandet, som omfatter dets distribution og behandling i hele Nicosia-området og ikke blot inden for selve kommunen.

myndighed med en stilling, der er forskellig fra kontrolmyndighedens [16].

43. I denne henseende, og uagtet at Domstolen ikke er i stand til at træffe afgørelse om Symvoulios organiske placering i det cypriotiske system eller denne myndigheds forhold til kontrolmyndigheden, var retsmødet tilstrækkeligt oplysende til, at kontrolmyndighedens argumentation om, at begge organer indgik i en samlet udbudsprocedure og derfor reelt ikke var uafhængige instanser, ikke fandtes overbevisende [17].

44. Det ville desuden stride imod logikken i den klageprocedure, der er beskrevet i artikel 2, stk. 8, i direktiv 89/665, idet påstande fra tilbudsgiverne om tilbagekaldelse af en kontrakttildeling helt klart ville være ringe stillet, hvis der ikke var en vis grad af uafhængighed mellem kontrolinstansen og den ordregivende myndighed. Denne konstatering støttes af artikel 2, stk. 3, i direktiv 2007/66, der i forbindelse med en klage over en beslutning om tildeling af en kontrakt henviser til »et organ i første instans, der er uafhængigt af den ordregivende myndighed«.

45. Uanset det ovenstående skal der imidlertid peges på følgende: Når det er påvist, at der i direktiv 89/665 ikke findes nogen henvisning til en klageadgang for de ordregivende myndigheder, heller ikke i forhold til afgørelser om ophævelse truffet af en eventuel administrativ kontrolinstans, er det klart, at de skader, som Symvoulio har hævdet foreligger, for så vidt de kan påvises, i princippet udelukkende henhører under medlemsstaternes procesautonomi, og at det er inden for de respektive nationale retsordener, de skal finde deres løsning.

46. Der skal imidlertid til slut fremføres en sidste betragtning i retning af, at medlemsstaternes procesautonomi helt klart ikke er absolut. Når autonomien udøves på EU-rettens område, afgrænses den af denne retsordens generelle principper og, specielt

16 — Ud fra samtlige argumenter, der er fremkommet under behandlingen af denne præjudicelle anmodning, fremgår det klart, at Symvoulio er en »ordregivende myndighed«, og at kontrolmyndigheden er en »ikke-retslig instans, der er ansvarlig for klageprocedurerne«, hvorfor det er tilstrækkeligt at henholde sig til direktiv 89/665 for at nå til den konklusion, at de to administrative instanser, i hvert fald funktionsmæssigt, varetager forskellige opgaver.

17 — Det tilkommer ikke Domstolen at analysere den nationale ret, da den præjudicielle procedure er baseret på en klar adskillelse mellem de nationale retters og Domstolens funktioner, idet Domstolen udelukkende har kompetence til at træffe afgørelse vedrørende fortolkningen af en EU-forskrift på grundlag af de faktiske omstændigheder, sådan som de er beskrevet af den nationale ret, jf. dom af 2.6.1994, sag C-30/93, AC-ATEL Electronics Vertriebs, Sml. I, s. 2305, præmis 16, af 20.3.1997, sag C-352/95, Phytheron International, Sml. I, s. 1729, præmis 11, og af 16.7.1998, sag C-235/95, Dumon og Froment, Sml. I, s. 4531, præmis 25-27.

i dette tilfælde, såvel af værdigrundlaget »retsstaten« [18] som respekten for de grundlæggende rettigheder, særligt retten til at klage i henhold til chartrets artikel 47 [19].

47. Hvad angår den foreliggende sag er det tilstrækkeligt at bemærke, at disse ordregivende myndigheders karakter af offentligretlige juridiske personer gør det meget problematisk for dem at påberåbe sig chartrets artikel 47 [20], som i øvrigt ikke nævntes udtrykkeligt under retsforhandlingerne.

48. Endelig vil det i denne sag være endnu vanskeligere at forsøge at udlede en søgsmålskompetence for den ordregivende myndighed af værdigrundlaget retsstaten. Der kan selvfølgelig ikke herske tvivl om, at retsstatsprincippet indgår i en afbalanceret udformning af de retslige procedurer, og i dette perspektiv kan det virke påfaldende, at den ordregivende myndighed ikke har mulighed for at appellere den administrative instans' ophævelse af dens beslutning om tildeling af en kontrakt.

49. Det bør imidlertid i denne henseende for det første ikke underkendes, at det først og fremmest er de tilbudsgivende virksomheder, som er blevet tildelt en kontrakt, som senere er blevet ophævet, der i givet fald er naturligt kaldede, hvis man kan sige det sådan, til at anfægte denne ophævelse ved retten under udøvelse af en utvivlsom søgsmålskompetence.

50. Dernæst er det ikke uden relevans at minde om, at medlemsstaterne i henhold til artikel 2, stk. 7, i direktiv 89/665 »påser, at de afgørelser, der træffes af de for klageprocedurerne ansvarlige instanser, kan gennemføres effektivt«. Bestemmelsen sondrer ikke mellem retsinstanser og ikke-retslige instanser, hvorfor den påkrævede effektivisering af gennemførelsen ikke bør forstyrres mere end strengt nødvendigt ved at forlænge retstvisterne og retsusikkerheden ud over, hvad der er fastsat i direktivet.

18 — Artikel 2 TEU betragter »retsstaten« som et fælles »værdigrundlag« for medlemsstaterne. I præamblen til Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder af 7.12.2000 (EFT C 364, s. 1) som tilpasset den 12.12.2007 i Strasbourg (EUT C 303, s. 1) henvises der til retsstaten som et »princip«. Artikel 19, stk. 1, andet afsnit, TEU fastsætter på sin side, at »medlemsstaterne tilvejebringer den nødvendige adgang til domstolsprøvelse for at sikre en effektiv retsbeskyttelse på de områder, der er omfattet af EU-retten«.

19 — Dom af 13.7.1989, sag 5/88, Wachauf, Sml. s. 2609, præmis 18, og af 10.7.2003, forenede sager C-20/00 og C-64/00, Booker Aquaculture og Hydro Seafood, Sml. I, s. 7411, præmis 65 ff.

20 — Rom-Konventionens artikel 34 hindrer, at offentlige organisationer ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol kan påberåbe sig de rettigheder, der er anerkendt i denne konvention; Domstolen i Strasbourg har ikke desto mindre under visse betingelser udstrakt beskyttelsen i EMRK's artikel 6, stk. 1, til også at omfatte visse offentligretlige juridiske personer, f.eks. i sin dom af 9.12.1994, Les saints monastères mod Grækenland, serie A, nr. 301-A, s. 34 og 35, præmis 49, hvori den krævede, at disse personer ikke udøvede offentlige myndighedsbeføjelser, hvilket klart ikke er tilfældet i forbindelse med Symvoulio.

51. Ovenstående bør efter min opfattelse være tilstrækkeligt til at indtage det standpunkt, at den indskrænkning af den ordregivende myndigheds søgsmålskompetence under de konkrete omstændigheder er proportionel set ud fra en så bred synsvinkel, som værdigrundlaget retsstaten utvivlsomt er. Det kan derfor konkluderes, at der heller ikke ud fra den sidste betragtning er grundlag for at antage, at den procesautonomi, som medlemsstaten har udøvet inden for rammerne af direktiv 89/665, har indebåret en underkendelse af EU-rettens almindelige principper eller EU's værdigrundlag og grundlæggende rettigheder.

VI — Forslag til afgørelse

52. På ovenstående baggrund foreslår jeg Domstolen at besvare det præjudicielle spørgsmål således:

»Artikel 2, stk. 8, i Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter er ikke til hinder for en fortolkning, hvorefter en ordregivende myndighed afskæres fra en ret til at rejse sag til prøvelse af afgørelser om ophævelse af dens beslutninger truffet af det administrative organ, der er ansvarligt for klageprocedurerne.«